Sobre la prueba de la alcoholemia

POR

MIGUEL POUGET BASTIDA

(Separata de la publicación en la «Revista General de Derecho», núm. 591)

VALENCIA, DICIEMBRE 1993

Sobre la prueba de alcoholemia

POR

MIGUEL POUGET BASTIDA

Abogado de los Ilustres Colegios de Cartagena y Murcia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA «PRUEBA» DE ALCOHOLEMIA Y SU REGULACIÓN LEGAL. NATURALEZA Y EFICACIA PROCESAL. SU CARÁCTER SUMARIAL.—III. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD SUSCITADOS.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. DISPOSICIONES LEGALES Y JURISPRUDENCIA.

I. INTRODUCCION

La prueba de alcoholemia, o test alcoholométrico, o prueba de detección alcohólica, o en general, los métodos alcoholométricos, se han convertido en el eje central de la prueba de cargo en el delito contra la seguridad del tráfico del artículo 340.*bis.a)*.1 del Código Penal. Tal es así que la propia Fiscalía General del Estado estudió la prueba de alcoholemia «como integradora del tipo definido en el artículo..» (1).

Esta expresión, aunque desafortunada, es la que ha terminado imponiéndose, y es de uso común por Juzgados y Tribunales (incluso el propio Tribunal Constitucional), y ya hemos visto que por la propia Fiscalía. La tercera («prueba de detección alcohólica») ha trascendido literalmente incluso al Reglamento General de Circulación (2).

---

(1) Vid. Circular de 14 de febrero de 1986, número 2/1986 de la Fiscalía General del Estado. Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. Prueba de alcoholemia como integradora del tipo definido en el artículo 340.*bis.A)* del Código Penal. *Repertorio Aranzadi* número 3.924.

(2) Artículo 22 del Reglamento General de Circulación, bajo el epígrafe «pruebas de detección alcohólica mediante el aire espirado».

En lo sucesivo, emplearemos sobre todo la expresión «prueba de alcoholemia», por ser, como quedó dicho, de uso común. Lo que no obsta para que maticemos que dicha diligencia no merece, desde luego, la condición de «prueba», tal y como la configura la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Materia, por cierto, que no es ajena a este estudio.

La segunda opción («test alcoholométrico»), aun siendo lo bastante descriptiva tiene en su contra su pobreza gramatical: «test» no es sólo una voz inglesa, fácilmente sustituible por una castellana, sino que además, como especie, no aparece citada, desde luego, ni en la Ley procesal ni en las normas reglamentarias.

La prueba de alcoholemia, en fin, ha hecho correr ríos de tinta. A nuestro juicio, precisamente por haber sido colocada en la tierra antes de haberla justificado en los cielos. Su entrada en el ordenamiento jurídico fue abrupta: a través de reglamentos. Mientras se buscaba su acomodo, surgieron, inevitables, múltiples problemas de constitucionalidad. La cuestión no es baladí: un buen lote de sentencias del Tribunal Constitucional, que armonizaron otras tantas tendencias jurisprudenciales discrepantes, una extensa Circular de la Fiscalía General del Estado, y trabajos doctrinales (3) que demandan, casi unánimemente, una más depurada técnica legislativa y ponen de manifiesto las grietas de una Ley Procesal centenaria, que ignora hechos corrientes y con relevancia jurídica.

Y en medio de este proceso, quizá el desprecio hacia un principio fundamental del derecho, el de seguridad jurídica; desprecio alimentado por los amplios márgenes de imprevisibilidad que ha tenido la valoración de la prueba de alcoholemia en la pequeña jurisprudencia. Pero esto es materia que excede los límites de este modesto estudio.

No lo es, sin embargo, la preocupación, surgida de la práctica forense, de que el dictamen emitido por un aparatito electrónico sea, las más de las veces, incontestado, dándole con ello un valor más absoluto que al de un verdadero informe pericial. De esta forma, en la práctica escapa a la contradicción de elementos que en otro caso se observan escrupulosamente. Así, el del carácter de perito, la razón de su conocimiento, el método utilizado, etc. Tratándose de un alcohómetro electrónico, existe cierta tendencia a presuponerle cumplidos todos los requisitos que a un hombre se le cuestionan, empezando por su competencia o cualificación. Queda pues en muchos casos, más cerca del valor de una ordalía o de una prueba de fundamento mágico que de una prueba que ese nombre merezca. Consideramos, en nuestra ignorancia, que un aparato electrónico posee la infalibilidad que a un profesional le discutimos.

Es importante la adecuada contradicción de la prueba de alcoholemia, aspecto éste que es inédito en la literatura jurídica y sobre el cual pretendemos anotar alguna observación en las conclusiones de este estudio.

(3) Vid., a modo de ejemplo, los que se citan en este estudio, cuya relación no es exhaustiva.

II. APROXIMACION CONCEPTUAL A LA «PRUEBA» DE ALCOHOLEMIA Y SU REGULACION LEGAL. NATURALEZA Y EFICACIA PROCESAL

1. Aproximación conceptual y regulación legal

A) Las diligencias de detección alcohólica son todos aquellos actos o métodos de investigación tendentes a determinar el grado de presencia de alcohol en el flujo sanguíneo humano. Podrán tener el valor de prueba pericial si son realizados por personal facultativo, mediante extracción sanguínea u otra analítica que permita determinar con exactitud el objeto de la pericia, y una vez ratificados en el juicio oral. Tendrán un mero carácter indiciario, pero no pericial, si son realizados mediante descripción de aspectos externos o mediante el uso de aparatos medidores de aire espirado (alcohómetros electrónicos) por los Agentes de Tráfico, y siempre que dichos aparatos se encuentren debidamente homologados y verificados.

Esta definición puede pecar de prosaica. Nos disculpa la búsqueda de exactitud, y procuraremos justificar los términos en que está redactada.

Para la definición propuesta, inicialmente se tiene en cuenta la formulada por el Profesor GIMENO SENDRA (4).

> «Por métodos alcoholométricos cabe entender los actos de investigación, de carácter pericial, que se adoptan en el curso de una detención y que a través de una medición en el aliento o a través de una intervención corporal del imputado, permiten determinar el grado de alcohol ingerido».

Nos parece una definición exacta, si bien nos apartamos de ella en cuanto a las siguientes notas:

— El «carácter pericial» que se le atribuye.
— El que se produzca en el marco de una «detención».

Esta última, como acto procesal no se produce en la generalidad de los casos, aun habiendo luego procesamiento.

Este argumento no se basa únicamente en una realidad práctica; la misma cuestión fue debatida por el Tribunal Constitucional, al plantearse diversos recursos en los que se entendía vulnerado el artículo 17 de la Constitución, dando por sentado en estos recursos, claro está, que en la realización de la prueba de alcoholemia se están practicando diligencias policiales en las que sería precisa la asistencia letrada.

A este respecto, la sentencia número 107/85 (5)proclama que los derechos fundamentales contenidos en el artículo 17,

---

(4) VICENTE GIMENO SENDRA y otros, Derecho Procesal. Tomo II. Proceso Penal. Cuarta Edición, página 317. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988.

(5) Sentencia del Tribunal Constitucional 107/85, de 7 de octubre. Sala Segunda. Recurso de amparo número 20/1985 (*Boletín Oficial del Estado* de 5 de noviembre).

> ...«corresponden al detenido, esto es, a quien ha sido privado provisionalmente de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial (...). Las garantías exigidas por el artículo 17.3 —información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada— hallan, pues, su sentido en asegurar la situación de quien, *privado de su libertad*, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado...».

Y según sigue, no es ésta la situación de quien es sometido a la prueba orientativa de alcoholemia, que es más bien un sometimiento, «no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía».

Lo que viene a significar que se hallaría comprendido dentro del genérico deber de colaboración con las fuerzas de orden público, en este caso, de Policía de Tráfico (para LORENTE HURTADO, el «amplísimo concepto de policía administrativa» (6). Más adelante estudiaremos en mayor detalle éste y otros problemas constitucionales que se suscitaron en relación a la práctica de la prueba de alcoholemia. Por el momento baste consignar, de cara a una aproximación conceptual, que el propio Tribunal Constitucional parece descartar que los actos que estudiamos tengan como nota definitoria formar parte del marco de la detención.

Creemos, con GÓMEZ PAVÓN (7), que el problema contiene dos aspectos diferentes: evidencia de la comisión de un delito y en segundo lugar, aquellos casos en que la prueba se realiza en el curso de un control preventivo o bien por estar el conductor involucrado en algún accidente.

En el primer caso, y de acuerdo con los artículos 490.2 y 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es necesaria la evidencia de la comisión del delito, lo que sólo puede obtenerse a través de la previa comprobación de la tasa de alcoholemia —que sería previa al acto de la detención—, en el caso del delito contra la seguridad del tráfico. Quedaría al margen de esto el supuesto de delito imprudente, en el que la prueba de alcoholemia, como supuesto marginal, sí se daría en el marco de la detención.

Salvo estos últimos casos, y especialmente en el supuesto de un control preventivo de tráfico, no es posible proceder a la detención, tanto en base a los preceptos antes citados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como en el artículo 17 de la Constitución.

Siguiendo a la Profesora GÓMEZ PAVÓN, la detención del vehículo, apartándolo del tráfico, cuando el conductor haya dado una tasa mayor de alcoholemia que la pre-

---

(6) LORENTE HURTADO, FERNANDO, La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional. En Revista «*Poder Judicial*», segunda época, número 1 (marzo de 1986).

(7) GÓMEZ PAVÓN, PILAR, El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. Librería Bosch, Barcelona, 1992, págs. 50 y 51.

vista en el Código de la Circulación, no puede calificarse de detención, «ya que en este caso no se trata de una privación de libertad, sino de impedir que el conductor siga conduciendo el vehículo».

La otra nota de discrepancia es la del carácter de periciales de estos actos. A nuestro juicio, tendrán tal valor cuando la detección del grado de impregnación alcohólica haya sido determinado por verdaderos peritos, capaces de establecer una analítica que merezca crédito. En suma, cuando en la práctica se den las notas de profesionalidad con que la prueba pericial viene definida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (8), y tal como la consagra la práctica forense.

A este respecto, el propio Tribunal Constitucional ha matizado que no puede darse el mismo alcance a aquellas diligencias que constituyen —preconstituyéndola— una prueba a la que puede asignarse un carácter pericial, cuando concurre además la circunstancia de la imposibilidad de su repetición posterior:

> «En este caso... hay que atribuir a su contenido no sólo el valor de denuncia para llevar a cabo nuevas actividades probatorias, sino un alcance probatorio por sí mismo siempre que haya sido practicada la prueba pericial preconstituida con las garantías necesarias» (9).

En idéntico sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional número 145/85 (10), que añade que «su carácter objetivo [el de la prueba de alcoholemia], le proporciona una especial relevancia». Sin entrar ahora en los aspectos que rodean la inclusión de la prueba de alcoholemia en un atestado y el carácter de diligencia sumarial de la misma, creemos, con LORENTE HURTADO (11) que la afirmación del carácter «pericial» de la actuación, debe ser entendido en un sentido enormemente lato, y que la posición del Tribunal Constitucional a este respecto no fue la más acertada; muy lógico, teniendo en cuenta que en la realización no médica de la prueba de alcoholemia, los Agentes de Tráfico no llevan a cabo pericia alguna, entendida ésta como ejercicio de un conocimiento especializado, sino que operan como meros auxiliares para que un aparato electrónico tome una muestra de aire espirado, además de emitir una descripción de aspectos puramente externos (12) que, a nuestro juicio, se basa en comunes patrones o máximas de experiencia, pero no en un conocimiento especializado.

Sobre los aspectos externos resulta interesante el razonamiento elaborado por la Audiencia Provincial de Murcia, en la sentencia de 28 de septiembre de 1990 (13):

---

(8) Artículo 610: «conocimientos científicos...»; artículo 615: «Los peritos deberán tener título de tales en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre que han de dar su dictamen...».

(9) Sentencia del Tribunal Constitucional número 100/85, de 3 de octubre. Recurso de amparo número 798/84, *Boletín Oficial del Estado* de 5 de noviembre de 1985.

(10) Sentencia del Tribunal Constitucional número 145/85, de 28 de octubre. Recurso de amparo número 19/84. *Boletín Oficial del Estado* de 26 de noviembre de 1985.

(11) Op. cit., pág. 66.

(12) En la práctica, equilibrio, comportamiento, habla, rostro. En el artículo 24 del Reglamento General de Circulación: «el que presentara síntomas evidentes...».

(13) Sección Segunda. Ponente: Abdón Díaz Suárez. «Resoluciones Judiciales de la Región de Murcia», sentencia número 615.

> «El supuesto enjuiciado es el contemplado em el artículo 8 de la Orden de 29 de julio de 1981 sobre investigación del grado de impregnación alcohólica, que de manera terminante, siempre que haya ocurrido un accidente, establece (en caso de negativa a someterse a pruebas de detección alcohólica) la conducción del obligado a ello al Juzgado correspondiente y a los efectos que procedan; efectos entre los que se encuentran el de someter a la persona de que se trate al oportuno examen psicofísico por los médicos forenses que, con aplicación de la ciencia médico-legal, sin necesidad de acudir al apartado de clase alguno, pueden determinar el grado de impregnación alcohólica del sujeto, y la influencia que tal impregnación ha tenido en la conducta del mismo. Y como en el supuesto contemplado los agentes actuantes omitieron tal diligencia, sustituyéndola por una comprobación por signos externos que suponen juicios de valor propios de una prueba pericial, ha de concluirse que dicha comprobación es inoperante como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, ya que su infiabilidad es evidente, al estar desguarnecida de las debidas garantías procesales, y sustentarse sobre meras valoraciones subjetivas».

Y sobre el resultado que arroje el alcohómetro electrónico, creemos, con la Audiencia Provincial de Barcelona (14), que «la prueba de alcoholemia que usualmente se practica en nuestra red viaria por los agentes que tienen encomendada la vigilancia del tráfico rodado, no pasa de ser una simple acción de soplar sobre un reactivo que ofrece un índice aproximado de impregnación etílica en sangre, y que se refleja en una ficha normalizada a la que se acompañan apreciaciones personales de quiénes la extienden», hecho pues, ajeno a un dictamen o informe pericial que merezca tal nombre, y que no puede tener otra consideración que la de «mero indicio posibilitador de una investigación».

Todo ello priva, a nuestro juicio, a la prueba de alcoholemia, de la nota de pericial que inicialmente le asigna GIMENO SENDRA, al menos en uno de los supuestos en los que puede materializarse su práctica (15).

Al margen de estos matices terminológicos, compartimos la conclusión esencial establecida por GIMENO SENDRA, según el cual, «no nos encontramos ante un auténtico acto de prueba, sino ante un acto de investigación, cuyo parentesco más cercano en la Ley de Enjuiciamiento Criminal cabe encontrarlo en las «operaciones de análisis químico» a las que aluden los artículos 356-362».

Actos de investigación, pues, tendentes a la determinación del hecho punible y a la presunta participación de su autor, así como a ocasionar la entrada de los hechos o del material instructorio dentro del sumario.

---

(14) Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia de 10 de febrero de 1990.

(15) Resulta interesante destacar que el propio Profesor GIMENO SENDRA, en un excelente estudio anterior aparecido en el vol. 4 de 1984 de la *Revista Jurídica La Ley* (Valor probatorio de los métodos alcoholométricos) propone una definición, clara antecesora de la objeto de nuestro estudio, y en la que está ausente la nota de la pericia: «Por métodos alcoholométricos podemos entender aquellos actos de investigación, que se adoptan en el curso de una detención y que, a través de una medición en el aliento o de una intervención corporal del imputado, permiten principalmente establecer el grado de alcohol ingerido». En el mismo estudio, concluye su análisis el autor que seguimos diciendo: «De aquí que sea obligado concluir en que las denominadas «pruebas de alcohol», hoy por hoy, no constituyen medio probatorio alguno».

Para el autor que seguimos, precisamente este encuadramiento en las «operaciones de análisis químico» hace que participen de la naturaleza de «prueba pericial», puesto que «a través de los especiales conocimientos y de las técnicas de los facultativos se le facilitan al juzgador el conocimiento de los elementos de hecho (en nuestro caso, el grado de alcohol ingerido) determinantes de la tipicidad del hecho y de la participación de su autor» (16).

Lo que no entra en colisión con nuestra definición, en la que diferenciamos aquellos supuestos en los que se da el ejercicio de una pericia (médica, normalmente), que tendrán ese valor de prueba pericial, frente a aquellos otros en los que un agente expresa aspectos externos para los cuales es indocto. Y creemos que ese dictamen no merece desde luego el valor de prueba pericial, pero sí el de indiciaria.

Posiblemente sea ésta la idea que subyace en la doctrina del Tribunal Constitucional, que establece como prevención, como cautela, que el resultado positivo del alcoholímetro no basta por sí sólo como prueba de cargo sustentadora de un fallo condenatorio en el delito contra la seguridad del tráfico del artículo 340.*bis.A)*.1.

De hecho, la configuración que de la prueba indiciaria realizara el Tribunal Supremo exige, además de otros requisitos, la necesidad de que no se trate de un hecho indiciario aislado, sino de una pluralidad de estos hechos o sucesos de carácter periférico (17).

Lo que obligará al Juez a motivar, caso por caso, el engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia, huyendo de meras sospechas y conjeturas.

Antes reproducíamos la posición de la Audiencia Provincial de Barcelona: la prueba de alcoholemia realizada por personal no facultativo, y mediante los aparatos electrónicos de aire espirado, no es más que un «mero indicio posibilitador de una investigación» (18).

Reflexiones éstas que nos reiteran en la convicción de que más que discrepar, nos limitamos a matizar la definición del Profesor GIMENO SENDRA. Suponemos no obstante, que la cuestión de fondo sobre estas valoraciones se encuentra en que el autor que seguimos se declara seguidor de la tendencia objetivadora en torno a la configuración del delito contra la seguridad del tráfico, precisamente para favorecer el proceso de prueba y la punibilidad de la conducción, genéricamente considerada como arriesgada. Tendencia ésta que, aun habiendo triunfado en el Proyecto de Código Penal de 1992, obviamente, nosotros no compartimos.

B) En realidad, los problemas de interpretación que han surgido respecto a los métodos alcoholométricos se deben a que éstos, de alguna manera, se han «colado» por la puerta de atrás del ordenamiento jurídico, convirtiéndose en una realidad de hecho a considerar, en una práctica observada dentro de nuestro ámbito político por razones de alarma social y que precisamente por su valor de prevención no han sido

(16) Vid. op. cit. nota 15: GIMENO SENDRA, VICENTE, «Valor probatorio...», pág 1107.

(17) Vid. sobre la doctrina legal acerca de la prueba indiciaria, las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1986 (Ar. 6.828), 20 de diciembre de 1986 (Ar. 7.971), 14 de octubre de 1986 (Ar. 5.614), 9 de junio 1986 (Ar. 3.128), 23 de junio de 1986 (Ar. 3.187), 22 de abril de 1987 (Ar. 2.602), 3 de febrero de 1988 (Ar. 847), entre otras.

(18) Vid. nota número 14.

más fuertemente cuestionados. Como bien dice LORENTE HURTADO (19) «el carácter biológico interno con que opera la intoxicación etílica hasta el punto de influir en las facultades del conductor de vehículos de motor, que sólo en ocasiones se manifiesta por síntomas externos, hace difícil en la generalidad de los casos, y sobre todo en ausencia de resultados lesivos, la apreciación de la influencia alcohólica en cuestión o de otros medios probatorios que los de carácter biológico tendentes a apreciar el grado de impregnación alcohólica en el cuerpo humano. Los más adecuados y fiables son los que consisten en la apreciación directa de la presencia del alcohol en sangre y de su concentración mediante análisis químicos, pero la necesidad de realizar las comprobaciones en muchos casos en el mismo acto, por la rápida metabolización del alcohol por el cuerpo humano, precisa la utilización de aparatos alcoholímetros, de mayor o menor precisión y de fácil manejo, que ofrecen un cálculo aproximado bastante fiable de la concentración de alcohol en sangre mediante la valoración del aire espirado por el sujeto».

Es decir, partimos de un instrumento de pura Policía de Tráfico, para el control preventivo o aleatorio.

Todo esto, claro está, especialmente con las detecciones alcohólicas efectuadas con aparatos electrónicos. Respecto a los métodos alcoholométricos en general, comprendiendo por tanto a los anteriores, su introducción ha sido reglamentaria. Como bien observa el Profesor GIMENO SENDRA (20), la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contempla el supuesto. La primera norma reglamentaria que reguló esta materia fue el Real Decreto 1.967/1981, de 8 de mayo, y la Orden Ministerial de 29 de julio de 1981, que desarrolló al anterior. Actualmente esta legislación se encuentra derogada por las siguientes disposiciones, que son las que contienen la regulación vigente:

— La Base 4ª de la Ley 18/1989 de 25 de julio, de Bases sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.
— El Artículo 12.2 del Texto Articulado aprobado en el Real Decreto Legislativo 339/1990 de 2 de marzo.
— Los artículos 20 a 25 del Reglamento General de Circulación, publicado por el Real Decreto 13/1992 de 17 de enero.

La legalidad de la regulación referida plantea al intérprete algún problema. El principal se encuentra en que el artículo 12.2 del RDL 339/1990 impone un análisis coactivo, cuyo incumplimiento es sancionado como falta grave (artículos 65.4 y 70 RDL 339/90, y 25.2 y 26.2 del Reglamento General de Circulación). Sin embargo, la Constitución dispone que limitación de derechos fundamentales se desarrolle por Ley Orgánica (artículo 81 de la Constitución española), y además excluye que las materias reservadas a la Ley Orgánica puedan ser reguladas mediante Leyes de Bases y sus posteriores Decretos Legislativos (artículo 82.1 de la Constitución española).

Este y algún otro problema se plantearon en la reglamentación derogada, que pretendía eludir reservas y jerarquías legislativas acuñando un dudoso juego terminológi-

(19) Vid. Op. cit. nota número 7.
(20) Vid. Op. cit. nota número 4, «Derecho Procesal...», pág. 317.

co: se hablaba de «retención» (21), en lugar de «detención», inventando con ello una rara avis extraña a la Ley Procesal, y creando, al menos en el papel, una zona intermedia entre la libertad y la detención. La expresión «retención», que ha traído no poca polémica con motivo de la reciente Ley de Seguridad Ciudadana, en cualquier caso, no puede crear esa zona intermedia de la que hablábamos. Esa es la postura expresa y terminante del Tribunal Constitucional en la sentencia 98/1986, de 10 de julio, a falta de futuros pronunciamientos más explícitos sobre esta «institución» extraprocesal.

La cuestión era controvertida porque la Orden Ministerial de 1981 se dictó como complemento del artículo 52 del Código de la Circulación, el cual guardaba cierta equivalencia con la Ley de Bases posterior en cuanto al cuadro de infracciones y sanciones. De esta forma, actuaban como desarrollo de lo dispuesto en la Ley. No ocurrió así con la medida de la retención del afectado, de la que nada se dice ni en la Ley ni en el ahora derogado Código de la Circulación.

Para GONZÁLEZ RUS (22) la retención debida a un grado de impregnación alcohólica superior al legalmente permitido y la conducción al Juzgado ante la negativa a someterse a la prueba en caso de accidente o cuando el hecho pueda ser constitutivo de delito son hipótesis concretas de aplicación del artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por tanto, privaciones de libertad amparadas por una norma con rango de Ley. Por contra, GÓMEZ PAVÓN (23) niega con rotundidad la viabilidad de lo previsto en la Orden incluso para las retenciones comentadas por estimarlas contrarias a la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal y a la Constitución, en razón a que en aquélla no se describen comisiones delictivas in fraganti, sino sólo presunciones y no evidencias. Sólo en el caso de comisión de un delito la detención podría admitirse, según esta autora.

Siguiendo en este punto a MORILLAS CUEVA (24) «la posibilidad de admitir una privación de libertad amparada exclusivamente en una Orden Ministerial es inaceptable. Si las conductas descritas cumplen los requisitos exigidos por el artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ha de aplicar, pero, lógicamente, no necesita ningún refrendo de Orden alguna. Aquélla parece evidente que en esta situación va más allá de la comisión delictiva y que pretende afectar a comportamientos evidentemente administrativos.

Con la promulgación de la Ley de Bases sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y la posterior entrada en vigor de su Texto Articulado, el sostén jurídico de la prueba de alcoholemia ha variado en profundidad. La citada Ley de Bases ya estableció en su Base cuarta, número 3, que los conductores quedarán especialmente obligados a circular de manera diligente, etcétera, y «absteniéndose de

(21) Vid. artículo 5 de la Orden Ministerial de 29 de julio de 1981.

(22) GONZÁLEZ RUS, Juan José. «El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y la prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, número 15 (1991), pág. 45.

(23) GÓMEZ PAVÓN, PILAR, «La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de alcoholemia» en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1986, págs. 1.000-1.001.

(24) MORILLAS CUEVA, LORENZO, Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y conducción temeraria, en «Comentarios a la legislación Penal», tomo XIV, vol. 1: «La Ley Orgánica de 21 de julio de 1989 de actualización del Código Penal». Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1992.

ingerir cualquier sustancia que disminuya o perturbe sus facultades, así como a someterse a las pruebas que para su detección se determinen, pudiéndose realizar, a este efecto, controles preventivos de carácter general, de acuerdo con los programas que establezca la Administración.»

El desarrollo de esta Base se encuentra en el artículo 12 del Texto articulado, que especifica en su punto 2: «Todos los conductores de vehículos quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación. Dichas pruebas se establecerán reglamentariamente y consistirán normalmente en la verificación del aire espirado mediante alcoholímetros autorizados; se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico.

Hasta hace poco, para la concreción de la prueba de alcoholemia había que estar esencialmente a lo dispuesto en el Código de la Circulación, que, de acuerdo con la disposición transitoria del Texto Articulado, y hasta que entraran en vigor las disposiciones necesarias para el desarrollo de la Ley, se aplicaron como Reglamento de la misma junto a las disposiciones complementarias. Estaba regulada en el artículo 52 del mencionado Código, sobre cuyo desarrollo se publicó en su día la repetida Orden de 29 de julio de 1981.

Actualmente, y cumplida la previsión de elaborar un Reglamento General de Circulación, publicado por el Real Decreto 13/1992 de 17 de enero, la concreción de la prueba de alcoholemia se encuentra en el artículo 22 de dicho texto legal. La respuesta actual a la cuestión no se puede decir que haya mejorado esencialmente el panorama expuesto, en lo que se refiere a técnica legislativa, si bien ha sido eliminada toda referencia a la polémica «retención» dispuesta en la Orden Ministerial de 11 de julio de 1981.

2. Naturaleza y eficacia procesal de la prueba de alcoholemia. Su carácter sumarial

En el apartado anterior ya se ha esbozado algo en torno a la naturaleza procesal de la prueba de alcoholemia; inevitable, si se estaba debatiendo la nota de la pericia en su realización, y razonábamos su concepto. En este apartado, y a fin de no ser reiterativos, procuraremos abundar en otros extremos.

Centrándonos pues en aspectos procesales, y no de concepto, el primer elemento a consignar aquí es que la prueba de alcoholemia forma parte de un atestado. Tanto los resultados de la medición alcoholométrica, como las observaciones exteriores llevadas a cabo por los Agentes de Tráfico, como los eventuales análisis clínicos que se realizaran, la información de los derechos que asisten al «retenido» para efectuar la verificación alcoholométrica —elemento éste elevado a sagrado por el Tribunal Constitucional, como veremos—, etc., se documentan en forma de atestado.

Y en cuanto forma parte del contenido de éste, ha de calificarse como simple denuncia, inhábil para destruir la presunción de inocencia del conductor afectado.

Como razona la Fiscalía General del Estado, el atestado, en abstracto, no ratificado, es un acto preprocesal inidóneo para introducir los hechos activamente en la sentencia (25). La doctrina del Tribunal Constitucional sobre este punto se inició con la sentencia de 28 de julio de 1981 (26), conforme a la cual el atestado tiene en principio únicamente el valor de denuncia, como señala el artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y no basta para que se convierta en prueba de confesión con que se dé por reproducido en el juicio oral, razón por la cual la mera aportación de un atestado no constituye la actividad probatoria necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia elevada por el artículo 24.2 de la Constitución a la categoría de derecho fundamental. De igual modo, la sentencia de 2 de octubre de 1985 (27) añade además que para que se convierta en auténtico elemento probatorio en el proceso no basta con que se dé por reproducido en el juicio oral, sino que es preciso que sea reiterado y ratificado ante el órgano judicial, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes policiales firmantes del atestado.

La más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (28) admite que la ratificación del test de alcoholemia se realice, en ausencia de los agentes que lo practicaron, por otros testigos, o por la extracción sanguínea.

Destaca GIMENO SENDRA (29) que la idea que permanece válida en la doctrina del Tribunal Constitucional es la de que la sentencia penal no puede contener un fallo condenatorio basado exclusivamente en el resultado alcoholométrico de aire espirado, ya que en ese caso se vulneraría la presunción de inocencia. Esto es coherente con la doctrina en torno al valor del atestado y su valor de mera denuncia (artículo 297.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), «que exige una ulterior prueba de cargo en el juicio oral».

Todo esto, con la precisión que refiere LORENTE HURTADO (30), sobre que si bien en un principio sería de aplicar la referida doctrina jurisprudencial sobre el atestado, el Tribunal Constitucional ha matizado que no puede darse el mismo alcance a aquellas diligencias que constituyen —preconstituyéndola— una prueba a la que puede asignarse un carácter pericial, cuando concurre además la circunstancia de la imposibilidad de su repetición posterior. Esto último es lo que impregna a la prueba de alcoholemia de naturaleza sumarial; todos sus requisitos y condiciones de validez deben darse en el momento de su práctica, ya que en el plenario no se puede reproducir, ni subsanar las eventuales omisiones. Como dice la sentencia número 100/85, de 3 de octubre, «en este caso... hay que atribuir a su contenido no sólo el valor de denuncia para llevar a cabo nuevas actividades probatorias, sino un alcance probatorio por sí mismo siempre que haya sido practicada la prueba pericial preconstituida con las garantías necesarias» (31). En idéntico sentido, la sentencia

(25) Ver nota número 1. Circular 14 de febrero de 1986, número 2/1986 (Aranzadi 3.924).

(26) Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, número 31.

(27) Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, número 100.

(28) Vid. sentencia 14 de febrero 1992. Recurso de amparo número 542/1989. *Boletín Oficial del Estado* de 17 marzo.

(29) Vid. Op. cit., nota número 4, pág. 320.

(30) Vid. Op. cit., nota número 7, págs. 65 y 66.

(31) Sentencia del Tribunal Constitucional número 100/85, de 3 de octubre. Recurso de amparo número 798/84. *Boletín Oficial del Estado* de 5 de noviembre de 1985.

del Tribunal Constitucional número 145/85 de 28 de octubre (32), que añade que «su carácter objetivo [el de la prueba de alcoholemia], le proporciona una especial relevancia».

Por esa razón, y como refiere LORENTE, el propio Tribunal se apresura a añadir, en la sentencia 145/85, que las anteriores consideraciones «no pueden llevar a la conclusión —que había sostenido el Ministerio Fiscal— de que en este supuesto el atestado adquiera auténticamente valor probatorio desde el punto de vista procesal. Es preciso que dicho atestado se incorpore al proceso de forma tal que resulten respetados en la medida de lo posible los principios de inmediación, oralidad y contradicción, garantizándose así al interesado su derecho a la defensa y a un proceso público con todas las garantías», lo que supone, a juicio del Tribunal Constitucional, que dicho atestado debe ser ratificado en el juicio («exige la realización de una actividad probatoria ... que permita contrastar su contenido...»)

En resumen, a juicio de LORENTE HURTADO, «aunque no se lleve a cabo una catalogación doctrinal rigurosa del tipo de prueba que incorpora, la prueba de alcoholemia practicada por la Policía Judicial trasciende, según la doctrina constitucional, del mero carácter de atestado, y cuando se incorpora formalmente al proceso con todas las garantías, mediante su ratificación en el juicio oral, puede constituir un medio de prueba apto para desvirtuar la presunción de inocencia.»

En cuanto a los requisitos y garantías en la práctica de la investigación alcohólica, para el Tribunal Constitucional, la admisibilidad de efectos procesales a la prueba de alcoholemia se basa en que en el momento mismo de practicarse sean respetadas las garantías esenciales de la defensa —a pesar de su naturaleza preprocesal—. El Tribunal razona esto en torno a la ya comentada naturaleza sumarial de la prueba de alcoholemia, a su imposibilidad de reproducción en el juicio oral y la necesidad de que los funcionarios actuantes extremen el cuidado en el deber de información al imputado sobre las consecuencias que pueden derivarse del sometimiento a la prueba, así como sobre el derecho de someterse a una extracción sanguínea. «Si tales informaciones se omitieran, en la medida en que la prueba se obtiene mediante la vulneración del derecho de defensa, ha de reputarse como «prohibida» y excluir la posibilidad de fundamentar una sentencia condenatoria» (33).

La doctrina recogida en las iniciales Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 100/85, 145/85 y 148/85, reiteran que lo fundamental es que el interesado tenga conocimiento de cuanto pueda contribuir a que la prueba en cuestión se verifique con las máximas garantías y, en concreto, de la posibilidad de repetir la misma y de la realización de un análisis clínico en un centro sanitario.

De hecho, la sentencia del Tribunal Constitucional 100/1985 otorgó el amparo, entendiendo que se había producido indefensión, vulnerando por tanto el artículo 24 de la Constitución.

---

(32) Sentencia del Tribunal Constitucional número 145/85, de 28 de octubre. Recurso de amparo número 19/84, *Boletín Oficial del Estado* de 26 de noviembre de 1985.

(33) Vid. sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1984.

III. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD SUSCITADOS

Como quedó apuntado, uno de los aspectos más significativos de la prueba de alcoholemia ha sido su discutida vulneración de diversos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. La cuestión provocó no pocos recursos de amparo, y una posterior doctrina del Tribunal Constitucional, que aunque ya orillada en el apartado anterior, vamos a intentar sintetizar ahora.

El núcleo de estudio se encuentra en cinco sentencias del año 1985, algunas de las cuales ya han sido citadas también: son las números 100, 103, 107, 145 y 148. La jurisprudencia posterior del Tribunal no ha hecho sino confirmar la sentada en éstas.

Estudiaremos uno por uno los derechos afectados:

a) Derecho a la libertad de movimientos (artículo 17 de la Constitución)

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencia 107/85, de 7 de octubre; 22/1988, de 18 de febrero), la «retención» para someter a un conductor a la prueba de impregnación alcohólica o a la extracción de sangre no afecta a dicho derecho.

La primera de las Sentencias citadas, la sentencia del Tribunal Constitucional 107/85 (34) proclama que los derechos contenidos en el artículo 17 «corresponden al detenido, esto es, a quien ha sido privado provisionalmente de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial...». Y como ya referíamos abteriormente, no es ésta la situación de quien es sometido a la prueba orientativa de alcoholemia, que es más bien un sometimiento, «no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía».

Cita a este respecto LORENTE HURTADO (35) la decisión de 13 de diciembre de 1979 de la Comisión Europea de Derechos Humanos, recogida por la misma Sala del Tribunal Constitucional en su sentencia número 103/85 (36), que prevé expresamente que «la ejecución forzosa de un examen de sangre constituye una privación de libertad incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración». Y concluye que, en consideración al paralelismo en el significado en este ámbito del análisis de sangre y de las pruebas de aire espirado, «la exclusión del ámbito del artículo 17 de la Constitución respecto a la prueba de alcoholemia no debería de ser radical». Por nuestra parte, estamos completamente de acuerdo con la consideración efectuada por este autor, que juzga que la doctrina del Tribunal Constitucional a este respecto debería entenderse formulada a reserva de los supuestos de requerimiento forzoso frente a la negativa al sometimiento a la prueba de detección, en las cuales debería deslindarse caso por caso si nos encontramos ante una auténtica privación de libertad.

---

(34) Vid. nota número 5.

(35) Vid. Op. cit., nota número 7, pág. 63.

(36) Sentencia del Tribunal Constitucional número 103/85, de 4 de octubre. Sala Segunda. Recurso de amparo número 855/1984 (*Boletín Oficial del Estado* de 5 de noviembre).

b) **Derecho a la integridad física (artículo 15 de la Constitución)**

Aunque con carácter residual, tanto el artículo 12.2 del RDL 339/1990 como el Reglamento General de Circulación permiten al Juez contrastar el resultado de la prueba del aire expirado con un análisis sanguíneo. Esto supone una «intervención corporal coactiva de carácter leve» que, si bien no parece chocar con el contenido del derecho constitucional, sí puede trasgredir el principio de legalidad, ya que una limitación del citado derecho vendría regulada en normas sin el rango de Ley Orgánica. Sobre este extremo ya hemos hablado en el epígrafe anterior. En lo que respecta a la intervención en sí, el Tribunal Constitucional la considera admisible si es ordenada por el Juez mediante resolución motivada, y en todo caso proscribe la ejecución coactiva, ya que el Juez puede conminar con la pena prevista para el delito de desobediencia a fin de hacer efectiva la intervención de forma voluntaria (sentencia del Tribunal Constitucional 37/89 de 15 de febrero).

Esta última posibilidad quedará sin discusión en caso de convertirse en derecho positivo la actual redacción del Proyecto de Código Penal de 1992, al haberse tipificado *expresamente como delito de desobediencia grave la negativa a someterse a dicha* prueba.

La cuestión se abordó por vez primera en el fundamento jurídico tercero, penúltimo párrafo, de la sentencia número 107/85 (37), que LORENTE HURTADO califica de «titubeante». En su opinión, nadie puede ser obligado coercitivamente a la verificación del análisis, y además, de dicha negativa no podría extraerse ninguna consecuencia desfavorable para el reo, ni mucho menos, la presunción de que condujera bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Señala aquí cómo el Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de julio de 1966 (RAJ número 2951) ha apreciado, a otros efectos, la inexigibilidad de las pruebas cuyo objeto se identifica con la persona del individuo y, así, ha considerado bien denegada una prueba consistente en un análisis de sangre porque «no existe precepto alguno que apoye la exigencia de dicha prueba... y por ser necesario para su realización contar con el consentimiento de los interesados». En conclusión, «si efectivamente, hay derecho a consentir o no la práctica de operaciones analíticas (por superficiales que sean) sobre la propia persona, podríamos concluir que no cabe ser obligado a la práctica de las mismas, y que no podría hablarse en puridad de un deber jurídico de someterse a la práctica de estas pruebas.

c) **Derecho a «no declarar contra sí mismo» y a «no confesarse culpable» (artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución)**

Aunque algunas sentencias de Audiencias Provinciales habían sustentado la tesis de que la prueba alcoholométrica entrañaba una autoincriminación (Audiencia Provincial de Vitoria, sentencia de 31 de enero de 1984), el Tribunal Constitucional acabó imponiendo la tesis contraria, entendiendo que «no se obliga al detectado a emitir una

(37) Sentencia del Tribunal Constitucional número 107/85, de 7 de octubre. Sala Segunda. Recurso de amparo número 20/1985 (*Boletín Oficial del Estado* de 5 de noviembre).

declaración que exteriorice su contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución».

d) **Derecho a la presunción de inocencia (artículo 24 de la Constitución)**

Para GIMENO SENDRA, lo dicho en el apartado anterior es predicable respecto a la vulneración de la presunción de inocencia, «entendida como derecho autónomo».

Sin embargo, para LORENTE HURTADO, la discusión en torno a la idoneidad como medio probatorio de la prueba de alcoholemia respecto al delito contra la seguridad del tráfico incidiría sobre el derecho a la presunción de inocencia, ya que, probada con todas las garantías únicamente la presencia de alcohol en sangre, y no la influencia de ésta en la conducción, se corre un verdadero riesgo de desvirtuación del tipo penal. Por ello, entiende este autor que sería de aplicación al caso la propia doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la prueba indiciaria, que exije que la sentencia condenatoria recoja en su motivación el razonamiento en virtud del cual se puede entender probado, sobre la base de la prueba de determinado hecho, otro distinto (sentencias números 174 y 175/85, de 17 de diciembre (*Boletín Oficial del Estado* del 15 de enero de 1986).

Este último planteamiento quedará relegado al olvido de convertirse en derecho positivo el actual texto del Proyecto de 1992, que establece como conducta típica la concentración de alcohol en sangre superior al máximo tolerado reglamentariamente, despareciendo toda referencia a la influencia del mismo sobre la conducción.

Al margen de lo expuesto, pero por ser materia de incidencia constitucional, consignaremos aquí el planteamiento elaborado por LORENTE HURTADO sobre la compatibilidad de este medio de investigación con el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución.

En principio, juzga que siendo lo relevante a efectos penales «no el dato mismo de la presencia de determinada concentración alcohólica en sangre, sino la influencia de las bebidas alcohólicas sobre el conductor», la consideración de la concurrencia del tipo penal correspondiente sobre la base de un medio de prueba que acredita exclusivamente dicha concentración en sangre, pero no cuáles hayan podido ser sus efectos, podría suponer una desviación del principio de legalidad al referir de hecho la represión penal a un concepto distinto del tipificado en las leyes». Estudia a continuación la sentencia del Tribunal Constitucional número 148/85, de 30 de octubre —Sala Primera. Recurso de amparo número 647/1983 (*Boletín Oficial del Estado* de 26 de noviembre de 1985)—, que afirma, *prima facie*, que el principio de legalidad no implica la exclusión del test alcoholométrico como medio de prueba. Matiza a continuación que, siendo elemento normativo del delito la prueba de la influencia de las bebidas alcohólicas, esta prueba deberá verse rodeada de todas las garantías procesales; lo cual, como el propio Tribunal dice, «no guarda relación con el principio de legalidad».

IV. CONCLUSIONES

La primera recapitulación que podemos establecer, ya anticipada, con GIMENO SENDRA es que «no nos encontramos ante un auténtico acto de prueba, sino ante un acto de investigación, cuyo parentesco más cercano en la Ley de Enjuiciamiento Criminal cabe encontrarlo en las operaciones de análisis químico a las que aluden los artículos 356-362», y cuya abrupta entrada en el ámbito forense se justifica precisamente por el incesante incremento de los accidentes de tráfico como consecuencia de la ingestión de alcohol.

Creemos que no todo está dicho respecto a la prueba de alcoholemia, y que su regulación sigue siendo insuficiente, al igual que su configuración jurisprudencial.

A modo de ejemplo, lo que no parece haber trascendido a la jurisprudencia ni a la literatura es precisamente la importancia de las normas administrativas, reglamentarias, que concurren en la realización de la prueba de alcoholemia. Concretamente, los requisitos de orden técnico que deben reunir los alcohómetros para que su medición sea mínimamente fiable (38).

La relevancia de estos aspectos arroja una luz nueva sobre las garantías que deben de rodear la correcta realización de las pruebas alcoholométricas, a fin de que el dictamen de un aparato electrónico no se erija sin más en prueba de cargo sustentadora de un fallo condenatorio, con las consecuencias jurídicas y sociales que ello acarrea (condena, antecedentes penales, descalificación social...).

Precisamente ahora, estas consideraciones van a adquirir una dimensión mayor, ya que, siendo como son estos análisis discutibles desde el punto de vista científico, van a adquirir no obstante una mayor relevancia penal. Sobre aquello ya se ha hecho eco el propio Instituto Nacional de Toxicología, que ha efectuado advertencias no tomadas en cuenta por la regulación reglamentaria de la prueba de alcoholemia, y que desvirtúan gravemente la fiabilidad de los alcohómetros electrónicos.

En efecto, en un informe de dicho organismo enviado a los Juzgados de Instrucción y de lo Penal, y del que llegó a hacerse eco la prensa (39), se asegura que el cálculo de la alcoholemia a partir de la concentración en el aire espirado en un alcoholímetro puede ser erróneo o poco fiable en determinadas circunstancias, recomendándose como único análisis válido al 100 por ciento el que se realiza en sangre, especialmente en el caso de que dé positivo. El informe reconoce que la correlación entre sangre y aire espirado «no es siempre exacta y puede variar según el tiempo transcurrido desde la ingesta, factores individuales de eliminación, capacidad pulmonar, etc.» El informe pone en conocimiento de los jueces que «los alcoholímetros que se fabrican tienen distintos fundamentos, y aquellos que se basan en reacciones químicas de oxidación-reducción no son específicos (sic), respondiendo positivamente frente a otras sustancias reductoras volátiles, distintas del alcohol etílico, y que pueden existir en el aire espirado. Por ello, pueden falsear los resultados».

(38) El artículo 12.2 del Texto Articulado habla únicamente de alcohómetros «autorizados». El posterior Reglamento General de Circulación, en su artículo 22 habla de alcoholímetros «oficialmente autorizados».

(39) Vid., Diario «*La Opinión*» de Murcia, de 30 de diciembre de 1992.

En otros informes del Instituto Nacional de Toxicología, esta vez confeccionados precisamente para una de las empresas que homologaron alcoholímetros para su uso por los agentes de tráfico, se amplían estos datos. En uno de los mismos (40), y bajo el epígrafe «Consideraciones a tener en cuenta», el Instituto advierte que no se debe fumar antes de la prueba, y que tampoco se debe realizar la prueba de aire espirado si se han ingerido antes bebidas no alcohólicas, «que contengan esencias, como bebidas refrescantes o zumos de frutas». En otro, como conclusión a las pruebas efectuadas, se advierte de que los márgenes de error de medición ordinaria —presuponiendo por tanto el cumplimiento de lo anterior— se pueden considerar de aproximadamente un 10 por ciento.

Prevenciones éstas que, como es notorio, no se recogen en la reglamentación de la prueba de alcoholemia, y que tienen un valor evidente para su contradicción.

Sin embargo, el Proyecto de Código Penal de 1992 agrava el tipo del delito contra la seguridad del tráfico, dando entrada en la conducta punible a lo que hasta ahora era una mera máxima de experiencia recogida en disposiciones reglamentarias: esto es, que el conductor conduzca, no ya bajo la «influencia» de bebidas alcohólicas, sino con una tasa de alcohol en sangre superior a la tolerada reglamentariamente.

> El artículo 366 del Proyecto de Código Penal de 1992 dice textualmente: «El que condujere un vehículo a motor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, o de bebidas alcohólicas, o con porcentajes de alcohol en sangre superiores a los autorizados reglamentariamente será castigado con la pena de arresto de ocho a doce fines de semana o multa de tres a ocho meses y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.
>
> La negativa del conductor a someterse a las pruebas, dispuestas por los agentes de la autoridad, para la comprobación de los hechos descritos en el párrafo anterior, será castigada, como delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 506 de este Código, sin perjuicio de la responsabilidad en que se haya incurrido, con arreglo en el párrafo anterior.» El referido artículo 506 del Proyecto prevé una pena de prisión de seis meses a un año.

Esto es lo que GÓMEZ PAVÓN llama, comentando la prueba de alcoholemia, «tendencia objetivadora», cuyo rastro aparece en la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la doctrina del Tribunal Constitucional (41), y fue posteriormente corregida por éste.

En el momento actual, y a la espera de ver qué hacen nuestros legisladores con el Proyecto de Ley de Código Penal cuyo trámite parlamentario ya había comenzado en la anterior legislatura, quede aquí nuestra esperanza de que cambie, ya que en su actual redacción merece nuestro juicio más negativo. No sólo porque deje de lado las consideraciones que la doctrina del Tribunal Constitucional efectuó sobre el tipo aún

(40) Informe número R/9.954, de 18 de septiembre de 1980, y R/38.763, de 24 de mayo de 1990.
(41) Vid. Op. cit., nota número 6, pág. 49.

vigente, sino porque convierte en delito lo que hasta ahora no era más que un ilícito administrativo, y creemos que la tendencia debería de ser la contraria. Además de que por puro talante no nos parece prudente un Código Penal que nos ciñe con muy escaso margen de conductas delictivas.

Acaso las palabras más ilustrativas para resumir esta cuestión sean de nuevo las de la profesora GÓMEZ PAVÓN, quien, al tiempo que alaba la represión administrativa de la conducción con una tasa de alcohol superior a 0'8 gr/l. de sangre (antiguo artículo 52 del Código de la Circulación, actual artículo 22 del Reglamento General), «postura conveniente como medida preventiva dentro del ámbito administrativo, pero que no creemos deba ser trasladada al Derecho Penal, donde lo esencial debe ser que la persona se encuentre realmente influenciada por el alcohol, y, es más, debería exigirse que, a consecuencia de su conducción, se pusiera en concreto peligro la seguridad del tráfico» (42).

Para el Profesor GIMENO SENDRA, sin embargo sí sería deseable una reforma en el sentido de la planteada, «con lo que la simplificación de la actividad investigadora faclitaría la labor de la policía en dicho procedimiento penal» (43).

Respecto a la contradicción en juicio de la prueba de alcoholemia, quedan pendientes los requisitos de orden técnico, apuntados anteriormente. A modo de indicación puramente práctica, y a fin de no erigir sin más al alcohómetro como oráculo incontestable, vamos a sugerir una serie de diligencias. El Juez instructor, de oficio —supuesto éste bastante improbable— puede realizarlas, aunque lo propio es que el abogado defensor las proponga a aquél para su práctica; bien en el período de instrucción, solicitándolo al amparo del artículo 311 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o ya en el juicio oral, como prueba anticipada en el momento de evacuar el escrito de defensa, mediante otrosí en el mismo, usando así la facultad conferida por el punto 2 del artículo 791 de la Ley procesal.

Estas diligencias son:

— De los agentes de tráfico actuantes (Policía Municipal o Guardia civil):

1. Acreditación de la marca y número de serie del alcohómetro utilizado en el atestado.
2. Fecha de la última recalibración efectuada a dicho alcohómetro antes de la medición que conste en el atestado.
3. El número de mediciones que haya efectuado el alcohómetro desde su *última recalibración hasta el día de autos.*
4. Memoria o explicación acerca de cómo proceden los agentes para el recalibrado de los alcohómetros.

Con estas diligencias se pretende obtener constancia acerca de la regularidad de la medición efectuada.

---

(42) PILAR GÓMEZ PAVÓN, Op. cit., pág. 68.
(43) Vid. Op. cit. nota número 15, pág. 1.108.

— Del Instituto Nacional de Toxicología, dependiente del Ministerio de Justicia:

1. Certificación o informe sobre el número de mediciones que pueden efectuar entre recalibrados los alcoholímetros electrónicos.
2. Idem sobre sustancias cuya ingestión o presencia en el aire espirado puedan afectar a la fiabilidad de las mediciones.
3. Idem sobre las condiciones en las que ha de efectuarse la medición para que sea válida.
4. Homologación del alcohómetro en cuestión, con marca y modelo concretos, con indicación acerca de si el mismo es específico, o se basa en la detección de procesos de oxidación-reducción.

— Del Centro Nacional de Metrología, dependiente del Ministerio de Obras Públicas:

1. Certificación acerca de la aprobación del modelo de alcohómetro en cuestión, así como de su verificación primitiva y el régimen de controles periódicos que deban seguir.

La justificación de esta última diligencia en concreto se encuentra en el preceptivo Control Metrológico de la Comunidad Económica Europea que, en principio, debe realizar la Administración del Estado sobre los aparatos o instrumentos que establezcan mediciones. Creado a tal fin el Centro Español de Metrología, el Real Decreto número 1.616/85, de 11 de septiembre (RA 2.221) —que cumplimenta lo prevenido en el artículo 7.3 de la Ley de 18 de marzo del mismo año— establece en su artículo 1 que la aprobación de modelo de un instrumento, aparato, etc. de medida, implica el reconocimiento de que aquél sobre el que recaiga responde a las exigencias metrológicas reglamentarias y que, en consecuencia, las series o los instrumentos que se fabriquen de acuerdo con el modelo aprobado son aptos para que se efectúe la verificación primitiva.

La aprobación de modelo podrá quedar sujeta, entre otras restricciones, al establecimiento de limitaciones en su utilización (artículo 3).

En la práctica, el resultado que arrojen estas diligencias puede ser concluyente: un elevado porcentaje de las mediciones alcoholométricas se realizan con aparatos que no se encuentran en condiciones de establecer una analítica mínimamente fiable. Su omisión, obviamente, priva de un importantísimo medio de defensa, ya que el dictamen no contradicho del alcohómetro se erige en prueba de cargo suficiente.

Por último, transcribiremos las conclusiones a las que llega LORENTE HURTADO (44), respecto a la adecuación de la prueba de alcoholemia a la doctrina sentada en las sentencias del Tribunal Constitucional estudiadas:

«1. Los test alcoholométricos realizados por la Policía Judicial y su documentación, en cuanto constitutivos de un atestado policial, no pueden

(44) Vid. Op. cit. nota número 7, págs. 68 y 69.

por sí mismos desvirtuar la presunción de inocencia si no son ratificados o complementados en el curso del proceso y específicamente en el acto del juicio oral.

2. Si tal ratificación o complementación se produce, específicamente por la declaración en el juicio oral de los agentes que han practicado la investigación, la incorporación de esta prueba alproceso le otorga relevancia probatoria en cuanto no implica una mera recogida de datos y declaraciones, sino una actividad asimilable a la prueba pericial.

3. Para que la incorporación al proceso de la prueba de alcoholemia no lesione los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías, es preciso que los agentes que la hubieran practicado hubieran informado al interesado de la posibilidad de su repetición y de la práctica de un análisis de sangre en un centro sanitario.»

V. BIBLIOGRAFIA

Monografías

Fiscalía General del Estado: Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. Prueba de alcoholemia como integradora del tipo definido en el artículo 340.*bis.A)* del Código Penal. Circular de 14 de febrero de 1986, número 2/1986 (*Aranzadi* 3.924).

GIMENO SENDRA, VICENTE: Valor probatorio de los métodos alcoholométricos, en *Revista Jurídica LA LEY*, tomo número 4 de 1984, página 1.102 y ss.

GÓMEZ PAVÓN, PILAR: El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. Segunda Edición. Bosch. Barcelona, 1992.

LORENTE HURTADO, FERNANDO: La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional. En Revista «*Poder Judicial*», segunda época, número 1 (marzo de 1986).

Obras generales

GIMENO SENDRA, VICENTE, y otros: Derecho Procesal. Tomo II. Proceso Penal. páginas 317-321. Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.

PIQUÉ VIDAL, JUAN, y otros: El proceso Penal práctico. Ed. LA LEY. Madrid, 1992.

QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Tomo IV, páginas 534 y ss. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967.

Varios: Comentarios a la Legislación Penal. Tomo XIV, Vol. 1º: La Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 de actualización del Código Penal. páginas 103-135. Edersa, Madrid 1992.

Obras jurisprudenciales y textos legales comentados

Código Penal Comentado. Editorial Comares. Granada, 1992.

CÓRDOBA RODA, J.: Comentarios al Código Penal. Tomo III, páginas 1.239 y ss. Editorial Ariel. Barcelona, 1978.

Diccionario de Jurisprudencia Penal Aranzadi. Tomo IV, páginas 573-591. Pamplona, 1973.

Ministerio de Justicia. Estudio comparativo del Código Penal vigente y el Proyecto de Código Penal de 1992. Pág. 184. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1992.

MORILLAS CUEVA, LORENZO: Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y conducción temeraria, en «Comentarios a la legislación Penal», tomo XIV, vol. 1: «La Ley Orgánica de 21 de julio de 1989 de actualización del Código Penal». Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1992.

RUANO ASCASO, FERNANDO, y RUIZ DE ZARATE AGUILAR, VICENTE: Comentarios al Reglamento General de Circulación. Págs. 69 y ss. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Madrid, 1992.

Revistas

Actualidad Jurídica ARANZADI.

Foro Galego. Revista Xurídica. La Coruña, 1992. número 184.

Poder Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid. Número 1 (marzo 1986) y número especial XII, «Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal» (1990).

Revista General de Derecho. Valencia.

Revista Jurídica LA LEY. Madrid.

Revista Jurídica de la Región de Murcia. Fundación Ruiz Funes. Murcia.

Otros

Instituto Nacional de Toxicología:

— Informe remitido a los Juzgados de Instrucción y de lo Penal, aparecido en el Diario «*La Opinión*» de Murcia, el día 30 de diciembre de 1992.

— Informes número R/9.954, de 18 de septiembre de 1980, y R/38.763, de 24 de mayo de 1990, elaborados para la empresa «Dräger Hispania, S.A.».

VI. RELACION DE DISPOSICIONES LEGALES Y JURISPRUDENCIA

Disposiciones legales

— *Constitución española de 1978. Artículos 15, 17, 24, 25, 81 y 81.2.*
— Código Penal reformado por la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio. Artículo 340.*bis.A)*.1º.
— Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículos 610 y 615.
— Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 297, 311, 356-362, 490 2º, 492, 779 1º y punto 2 del artículo 791.
— Ley 18/1989 de 25 de julio de Bases sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Base 4ª.
— Real Decreto Legislativo 339/1990 de 2 de marzo que aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Artículos 12.2, 65.4 y 70.
— Real Decreto 1.967/1981, de 8 de mayo.
— Real Decreto 13/1992 de 17 de enero, que aprueba el Reglamento General de Circulación. Artículos 22, 24, 25.2 y 26.2.
— Orden Ministerial de 29 de julio de 1981 sobre investigación sobre el grado de impregnación alcohólica de los usuarios de las vías públicas.
— Código de la Circulación de 1934, modificado por Real Decreto 1.467/1981 de 8 de mayo. Artículo 52.
— Real Decreto número 1.616/85, de 11 de septiembre, sobre Control Metrológico del Estado (RA 2.221).
— Proyecto de Código Penal de 1992. Artículos 366 y 506.

Jurisprudencia (por órganos judiciales y cronológico dentro de éstos)

Tribunal Constitucional

— Sentencia de 21/1981 de 28 de julio. Primera que estudia la prueba. Valor de atestado.
— *Sentencia de 29 de noviembre de 1984.*
— Sentencia de 100/1985 de 2 de octubre. Establece doctrina.
— Sentencia de 103/1985 de 4 de octubre. Establece doctrina.
— Sentencia de 107/1985 de 7 de octubre. Establece doctrina.
— Sentencia de 145/1985 de 28 de octubre. Establece doctrina.
— Sentencia de 148/1985 de 30 de octubre. Establece doctrina.
— Sentencia de 174/1985 de 17 de diciembre. Prueba indicaria.
— Sentencia de 175/1985 de 17 de diciembre. Prueba indiciaria.
— Sentencia de 98/1986 de 10 de julio. Confirma doctrina.
— Sentencia de 22/1988 de 18 de febrero. Sobre la «retención».

— Sentencia de 37/1989 de 15 de febrero. Derecho a la integridad física.
— Sentencia de 182/1989 de 3 de noviembre. Reitera doctrina.
— Sentencia de 3/1990 de 15 de enero. Reitera doctrina.
— Sentencia de 14 de febrero de 1992. Reitera doctrina.

Tribunal Supremo

— Sentencia de 15 de julio de 1966. Sobre la prueba en general.
— Sentencia de 11 de noviembre de 1986. Sobre prueba indiciaria.
— Sentencia de 20 de diciembre de 1986. Sobre prueba indiciaria.
— Sentencia de 14 de octubre de 1986. Sobre prueba indiciaria.
— Sentencia de 9 de junio de 1986. Sobre prueba indiciaria.
— Sentencia de 22 de abril de 1986. Sobre prueba indiciaria.
— Sentencia de 22 de junio de 1986. Sobre prueba indiciaria.
— Sentencia de 2 de febrero de 1988. Sobre prueba indiciaria.
— Sentencia de 2 de abril de 1990 (RAJ 3034). Aplicación al test de alcoholemia del valor del atestado.
— Sentencia de 26 de noviembre de 1990 (RAJ 9194). Presunción de inocencia y prueba de alcoholemia. Repasa doctrina del Tribunal Constitucional.
— Sentencia de 12 de marzo de 1991 (RAJ 2122). Valor probatorio del test de alcoholimetría. Cita doctrina del Tribunal Constitucional.

Audiencias Provinciales

— Sentencia de 28 de septiembre de 1990 (Resoluciones Judiciales de la Región de Murcia, S. número 615/1990). Audiencia Provincial de Murcia. Sección Segunda. Resta valor probatorio a la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia. Niega valor pericial a las impresiones externas observadas por los agentes de Tráfico.
— Sentencia de 25 de abril de 1991. Audiencia Provincial de La Coruña. Sección Primera. Cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
— Sentencia de 10 de febrero de 1990. Audiencia Provincial de Barcelona. Niega valor pericial a la prueba de aire espirado.
— Sentencia de 31 de enero de 1984. Audiencia Provincial de Vitoria. Considera prueba de alcoholemia como autoincriminación.

Otros

Comisión Europea de Derechos Humanos

— Decisión de 13 de diciembre de 1979.